

Doctrina



La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000 (*)

M^a Carmen Gómez Rivero

*Profesora Titular de Derecho penal.
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. Introducción. Los presupuestos de la aplicación del Derecho penal de menores. II. Principios inspiradores del sistema de medidas en la LO 5/2000. III. Las medidas previstas en la LO 5/2000: a) Aspectos comunes: a.1) Destinatarios. a.2) Discrecionalidad del juzgador en la elección de las consecuencias jurídicas a.3) Duración de las medidas y su cuantificación judicial. a.4) Competencias en la ejecución. b) Estudio de cada una de las medidas contempladas en la LO 5/2000. IV. Valoración final.

I. Introducción. Los presupuestos de la aplicación del Derecho penal de menores

En el ámbito de la delincuencia juvenil y de menores, al igual que sucede respecto a los comportamientos delictivos cometidos por adultos, el barómetro que mensura el talante progresista o conservador de la regulación positiva se sirve básicamente de dos indicadores que condensan su cariz y que podrían simbolizarse, respectivamente, en el punto de partida y las consecuencias de la intervención penal.

Los presupuestos de la intervención penal, de un lado, y las consecuencias que se anudan al delito, de otro, representan, en efecto, los dos extremos que marcan el principio y fin de un figurado trayecto con el que pudiera simbolizarse la presencia del Derecho penal. Con el primero se marca su punto de arranque; con el segundo la forma en que se concreta y los límites cuantitativos y cualitativos con los que se extiende. Por ello, porque son las líneas que trazan el sí y el cómo de la respuesta penal, representan las claves que condensan la filosofía latente bajo cualquier regulación positiva. Es más, si cabe, en el ámbito de la delincuencia juvenil esos dos extremos acusan aún de forma más radical el talante con el que el legislador reacciona frente al delito. Por lo que a lo primero se refiere, esto es, a los presupuestos de la intervención, porque en este ámbito el legislador no sólo tiene que definir el espectro de lo

prohibido, algo que suele solucionarse con la remisión en bloque a lo que se considera delictivo para los adultos, sino definir la edad mínima por debajo de la cual renuncia a intervenir penalmente así como la edad máxima hasta la que está dispuesto a conceder un trato diferente al joven delincuente. Por lo que a lo segundo se refiere, porque, como enseguida habrá ocasión de comprobar, el dato de la niñez o juventud del infractor introduce un elemento de tal calibre que es capaz de justificar con extraordinaria ductilidad las tendencias de cualquier signo que destierren al menor de los esquemas generales del Derecho penal de adultos.

En primer lugar, con relación a los presupuestos de la intervención, no cabe duda de que el establecimiento de una edad mínima a partir de la cual se consensúe la legitimidad de la intervención penal es siempre fruto de una opción valorativa que plasma los márgenes dentro de los cuales el Estado está dispuesto a conceder un trato diferente al menor delincuente e incluso a ventilar el conflicto por vía extrapenal. Sea cual sea el modelo que siga el legislador al fijar dicha edad, lo cierto es que difícilmente podría decirse que por debajo o por encima de la misma sea "impensable" afirmar, respectivamente, la responsabilidad o la exención de pena del menor. La fijación de una edad mínima responde antes a consideraciones utilitaristas y relacionadas con la conveniencia de evitar en lo posible la estigmatización penal del jo-

(*) El presente trabajo reproduce en buena parte una publicación anterior de la autora (*Actualidad Penal*, nº 10/2001), completando las reflexiones que entonces hacía a la luz de las modificaciones operadas en la Ley del Menor por la LO 7/2000.

ven delincuente que a la imposibilidad de considerar una franja de edad diferente¹. De hecho, puede decirse que el establecimiento de un límite de edad superior al que marcaría la posibilidad de afirmar la capacidad de comprender y querer del menor o, para quienes sitúan en ella la culpabilidad, de su motivabilidad, no es más que una concesión propia del retraso en el reconocimiento de su madurez en sentido *social* por contraposición a lo que sería su afirmación en términos estrictamente *físicos o biológicos*. Este “retraso” tiende a ser más generoso mientras más avanzada es una sociedad y mejores sus condiciones de vida, ya que es justamente en ella donde puede justificarse con mayor facilidad la demora en la madurez social del individuo; y a la inversa, la madurez social suele predicarse en edades más tempranas allí donde las condiciones de vida determinan la pronta incorporación del menor al mercado de trabajo y, en general, al mundo de los adultos².

En cualquier caso, el análisis de los distintos modelos ensayados por el legislador para fijar esa edad tanto en nuestro país como fuera de sus fronteras permite aglutinarlos en torno a dos grandes clases: por un lado, el modelo *biológico*; por otro, el de *discernimiento*. Este último se caracteriza por la preocupación de eludir y fijar de forma rígida la edad a partir de la cual el Derecho penal deba intervenir, acudiendo para ello, ya sea de forma exclusiva o complementaria, a la indagación de la madurez del menor en el caso concreto. Este modelo, que inspiró en general a los

Códigos españoles del siglo XIX³, es el que aún está vigente en algunos países europeos, como Alemania⁴.

Frente a este modelo, el que se denomina como *biológico puro* prescinde de disquisiciones en torno a la capacidad concreta del menor y, en aras de la seguridad jurídica, establece unos topes mínimos de edad cuya superación determina la presunción, *iuris et de iure*, de la capacidad de aquél para ser hecho responsable. Este modelo, que es el que adoptó nuestro legislador en el Código penal de 1928⁵, se mantendría en los Códigos penales del siglo XX que precedieron al actual (1932, 1944 y 1973⁶). El Código penal de 1995 continuó esta opción de acudir a topes rígidos de edad, si bien elevó la minoría de edad de los dieciséis a los dieciocho años, remitiendo el régimen de responsabilidad de los menores de dicha edad a lo que disponga la ley que regule la responsabilidad penal del menor⁷. A modo excepcional, conforme al art. 69, “al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”.

Dando cumplimiento a lo prescrito en el Código penal, la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM), declara en su art. 1 que será aplicable a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho que cometan hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o en las leyes penales especiales. Con-

1. A nivel internacional se fijan directrices orientadas a evitar la pronta intervención del legislador penal. Así, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia con menores, aprobadas por Resolución 40/33 de 1985, de la Asamblea General (“Reglas de Beijing”) dispone en su art. 4.1 que “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”.

2. TAMARIT SUMALLA, “El nuevo Derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?”, en *Revista Penal*, julio 2001, p. 79.

3. El Código penal de 1822 declaraba exento de responsabilidad al menor de siete años cumplidos. Entre esta edad y los diecisiete años procedería aplicar una pena –atenuada– sólo si se demuestra que el sujeto actuó con discernimiento y malicia. Los Códigos penales de 1848 y de 1870 declaraban exento de responsabilidad penal al menor de nueve años. En el tramo comprendido entre los nueve y los quince años quedaría exento de pena salvo que se mostrase que obró con discernimiento.

4. En este país, según el art. 3 de la Ley de Tribunales para la Juventud, en el caso de que el delito lo cometan personas entre catorce y dieciocho años de edad, habrá de comprobarse si “al realizarse el hecho posee suficiente madurez, según su desarrollo mental y psíquico, para captar el injusto del hecho y actuar de acuerdo con esta comprensión”.

5. Que declaraba exento de pena al menor de 16 años y establecía una atenuación para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho.

6. El art. 8 disponía: “2. Está exento de responsabilidad criminal el menor de 16 años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho penado por la Ley, será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores”. Artículo 9.3: Son circunstancias atenuantes: la de ser el culpable menor de 18 años.

Por su parte, conforme al art. 65: “Al mayor de 16 años y menor de 18 se aplicará la pena inferior en 1 ó 2 grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable”.

7. Como es sabido, pensando en el período hasta que se aprobase la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor, la Disposición Final Séptima del Código penal disponía que la entrada en vigor de este nuevo régimen quedaría exceptuada, declarando mientras tanto la Disposición Derogatoria 1, a) la vigencia de las previsiones del Código anterior.

forme al artículo 4 de la ley, la misma resultará también aplicable a los jóvenes con edades comprendidas entre los dieciocho y veintiún años siempre que se trate de una falta o delito menos grave cometido sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para su vida o integridad física; que el sujeto no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos una vez cumplidos los dieciocho años, así como que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la Ley⁸. Debe observarse que con esta última referencia, la Ley ha introducido para dicho tramo de edad un cierto vestigio del criterio de discernimiento, al evitar el automatismo de su aplicación con la mera comprobación de la edad.

La delimitación de los presupuestos de la intervención penal se completa, según ya se apuntó, por la exigencia de que el menor haya cometido un hecho tipificado como delito o falta en el Código penal o en las Leyes especiales. Con ello, en la línea de lo que ya estableciera la LO 4/1992, de 5 de junio, de reforma de la Ley reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores, la LO 5/2000 viene a cercenar cualquier posibilidad de intervenir penalmente sobre el menor por lo que se conoce como "situación irregular", concepto este que comprende los casos en que se encuentra en riesgo por causas como la desatención o el abandono familiar, y en general por las circunstancias que en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores servían de soportes para calificarlos como "prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos".

Éstos son los presupuestos con los que la LO 5/2000 legitima la intervención penal. A partir de ellos, el contenido del presente trabajo se centra en el segundo gran pilar sobre el que descansa la respuesta jurídico penal frente al menor infractor: el que delata la actitud con la que el legislador afronta la tarea de dar una salida racional al conflicto que el delito plantea no sólo entre el joven delincuente y su víctima sino, de forma más amplia, entre aquél y la sociedad; es, en otras palabras, la cuestión en torno a qué consecuencias jurídicas pueden imponerse a los menores infractores así como la intensidad y extensión de las mismas.

II. Principios inspiradores del sistema de medidas en la LO 5/2000

Puede decirse que la aproximación a la forma con la que la Ley del Menor aborda las consecuencias jurídicas vinculadas a la comisión de un

hecho delictivo es uno de los aspectos más alambicados y controvertidos de la regulación. Porque al margen de que, como decía, este ámbito, en cuanto acuña el sentido de la intervención penal, comparte con el de los presupuestos de la misma el dato de estar preñado de opciones valorativas y de implicaciones utilitaristas, se halla sobrecargado de dificultades adicionales que no acusa aquél y que espesan aún más el halo de problemas que le rodean. La primera de ellas se refiere a la incerteza misma que comporta la calificación de las consecuencias jurídicas previstas en la Ley como auténticas penas o, por el contrario, como medidas. Baste pensar que cuando el legislador acota los límites de edad dentro de los cuales decide tratar de forma diferente al infractor lo hace mediante una declaración tan rotunda y simple que no deja lugar a equívocos. Así, la LO 5/2000 proclama sin ambages que será aplicable a los mayores de catorce y menores de dieciocho años y, bajo determinadas condiciones, de veintiuno. Sin embargo, cuando plasma en su articulado las consecuencias jurídicas aplicables no refiere ni tiene por qué referir la naturaleza de las mismas, lo que permite dar luz verde a nuevos interrogantes. De hecho, pese a que la Exposición de Motivos de la LORRPM declara que contempla consecuencias jurídicas de naturaleza formalmente penal, lo cierto es que la naturaleza educativa a la que dice responder materialmente hace que el legislador rehuya en su articulado calificarlas como penas y emplee exclusivamente el término "medidas", algo que no deja de correr el peligro de enmascarar su verdadera naturaleza y, con ello, abocar al tan denostado y temido *fraude de etiquetas*. De hecho, la misma Exposición de Motivos reconoce que pese a tratarse de una intervención de naturaleza educativa es "*desde luego de especial intensidad*". Por ello, tal vez hubiese sido más honesto reconocer nominalmente que se trata de auténticas penas y evitar así el riesgo de una interpretación restrictiva de las garantías que deben amparar a cualquier delincuente, también cuando es menor de edad.

Junto a ello, en el ámbito de las medidas se plantea una dificultad adicional que afecta ahora a un terreno ajeno por completo a la tarea legislativa para proyectarse al momento ulterior de la ejecución de las medidas. Y es que, en efecto, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos en los que la efectividad de las previsiones legales se condiciona a la entrada en vigor de las mismas o, por decirlo de otro modo, en los que las decisiones legislativas se traducen de forma inmediata

8. Al respecto, por todos, CUELLO CONTRERAS, *El nuevo Derecho penal de menores*, Madrid, 2000, pp. y 65 ss.

en una diferente ordenación de la realidad, en el que ahora interesa la efectividad y las posibilidades reales de poner en marcha aquellas que se tamizan por la existencia de condicionamientos materiales que escapan con creces a la letra de la ley. Porque sólo cuando se cuenta con los recursos materiales y humanos necesarios para aplicarlas sus previsiones dejan de ser papel mojado y se sitúan en condiciones de incidir efectivamente en la realidad.

Así esbozada su problemática, en lo que sigue haré referencia a los aspectos y problemas más llamativos que plantean las consecuencias jurídicas previstas en la Ley.

Como decía, el modo en que el legislador diseñe el sistema de consecuencias jurídicas para los menores acuña de forma directa el sentido y el talante mismo de la concreta regulación positiva. De hecho, las diferentes ópticas desde las que puede enfocarse el tratamiento del menor infractor han dado paso a tres grandes modelos que, si bien han convivido temporalmente en distintos países, puede afirmarse que pergeñan la secuencia evolutiva de la forma en que, en general, los distintos sistemas jurídicos han reaccionado frente al comportamiento del joven delincuente: el *modelo de protección*, el *educativo* y el de *responsabilidad*.

El primero, el de *protección*, fue el predominante en la etapa anterior a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por su Asamblea General el 20 de noviembre de 1989. La nota distintiva de dicho modelo, que responde a la llamada "doctrina de la situación irregular", es contemplar al menor desde una óptica paternalista que, bajo el baluarte de la necesidad de su reeducación, le despoja por completo de cualquier límite garantista. Desde las coordenadas positivistas y correccionalistas, el menor se presenta como un enfermo que necesita ser tratado y, en consecuencia, su calificación jurídica es la de un *inimputable*. Ello amplía sobremanera no sólo los presupuestos de la intervención –que en este modelo se extiende también a hechos no delictivos–, sino, por lo que ahora interesa, la entidad cuantitativa y cualitativa de las

consecuencias aplicables. Desde sus cánones, el internamiento en un reformatorio que le aparte del entorno que lo "enferma" adquiere un protagonismo indiscutido frente al resto de medidas imaginables. La consecuencia inmediata es que, así enmascarada bajo la etiqueta del ideal reformador, la medida de internamiento permite mantener la privación de libertad durante un período de tiempo que resultaría impensable de calificarse la misma consecuencia jurídica como lo que es en el fondo, una auténtica pena. Desde esta óptica estrictamente protectora, para la imposición de tales medidas en absoluto es necesario un procedimiento garantista, ya que la lógica de las garantías es propia de las intervenciones que pueden resultar nocivas, no benefactoras para el destinatario. A los esquemas de este modelo respondía en España la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948⁹, y por citar algún sistema de Derecho comparado, a ella responden aún legislaciones de países como Argentina¹⁰.

El segundo modelo, el *educativo*, acentúa, como su denominación indica, la necesidad de desplegar una labor educativa sobre el menor. Frente al sistema anterior en el que el Estado pretende asumir la patria potestad del joven delincuente, ahora en este modelo se trata de no desarraigarlo de su entorno y desde él potenciar su educación evitando en lo posible que entre en contacto con la maquinaria penal. Por último, el *modelo de responsabilidad*, si bien reconoce la necesidad de reservar al menor un trato diferenciado respecto al régimen propio de los adultos, tampoco ignora el riesgo de que bajo dicho velo argumentativo se despoje de garantías a la imposición de lo que es una auténtica pena. Su punto de partida es el reconocimiento de la imputabilidad del menor, aunque disminuida, y, por ello, de la posibilidad de diseñar un régimen de responsabilidad penal. Justamente porque reconoce dicha naturaleza a las sanciones que contempla, parte del carácter eminentemente restrictivo de derechos de cualquier intervención sobre el menor a la par que se esfuerza en dotarle de todas sus garantías tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal.

9. Por todos, véase un comentario a la misma en LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores*, Valencia, 2001, pp. 75 y ss.

10. En este país, La Ley 22.278 (B.O. 28.8.80) establece la responsabilidad de los mayores de dieciséis años de edad, si bien declara también exento de pena al menor de dieciocho años respecto de determinados delitos de menor entidad. Rasgo genuino del modelo tutelar que lo inspira es la posibilidad de intervenir aun cuando de la instrucción se derivase su irresponsabilidad: "Cualquiera que fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador" (art. 2). Conforme al art. 3, la disposición puede determinar otras medidas, "La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio".



A los cánones de este último modelo obedece el sistema que diseña la LORRPM. Así lo pregonan su propia Exposición de Motivos que, si bien sin emplear dicho término, reitera que la Ley tiene naturaleza formalmente penal aunque desde un punto de vista material responda a una filosofía sancionadora-educativa. De esta forma pretende conjugar el sistema de garantías adosado a la intervención penal con la flexibilidad que le permita sortear el encorsetamiento propio del Derecho penal diseñado para los adultos. El resultado es un sistema que, por un lado, mantiene una a una las exigencias garantistas sustantivas y procesales forjadas por la configuración del Estado de Derecho e impuestas a nivel internacional¹¹ y, por otro, permite quebrar las pretensiones de responsabilidad que demandase la estricta correspondencia con la gravedad del hecho; todo ello en aras de una meta de mayor calado cifrada en el interés superior del joven delincuente.

Basta una lectura de la LORRPM para comprobar cómo trasluce a lo largo de todo su articulado la preocupación por lograr esa simbiosis. Así, por lo que a lo primero se refiere, esto es, al mantenimiento de las garantías, ya el art. 3 de la Ley hace gala del empeño por no despojar al menor ni de una sola de las que goza el delincuente mayor de edad al disponer que *"las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico"*.

Sentada esta declaración, acorde con la naturaleza formalmente penal que la Exposición de Motivos reconoce a la Ley, el legislador se esfuerza por consagrar puntualmente esas garantías a lo largo de su articulado. Por hacer referencia exclusivamente a las relativas a las medidas a imponer, como ya se apuntó, el texto legal recoge, en primer lugar, el principio básico de *legalidad* por lo que se refiere a la definición de las conductas punibles¹². Con dicha exigencia el legislador viene a in-

sertarse en la línea de las recomendaciones internacionales¹³. Así, conforme al art. 1.1 de la Ley, el presupuesto de su aplicación es la comisión de un hecho delictivo tipificado como delito o falta por el Código penal o leyes especiales. Frente al desmesurado ámbito de aplicación que permitía la Ley de Tribunales de Menores de 1948 que, como es sabido, bajo postulados correccionalistas y tutelares desvinculaba su aplicación de la comisión de un delito para extenderse a los "menores prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos", y a la "corrección de menores de dieciséis años denunciados por sus padres o tutores por insumisión e indisciplina a la patria potestad", la LORRPM, conforme a los parámetros de un modelo de responsabilidad, condiciona los presupuestos de su aplicación a los mismos hechos que desencadenan la puesta en marcha de la justicia penal de adultos.

Más allá de lo anterior, la LORRPM se preocupa de garantizar que el tratamiento penal del menor en ningún caso resulte más severo que el de los delincuentes mayores de edad, preocupación que se hace patente en varias declaraciones. La primera, al dejar claro que el presupuesto de su aplicación es la comisión de un delito, entendiendo por tal, como según se vio expresa el art. 1, no ya sólo el hecho típico sino también antijurídico y culpable. Así, a salvo de la posibilidad de imponer una medida terapéutica en los supuestos de alteraciones psíquicas o psicológicas (art. 5.2), el art. 5.1 dispone que la aplicación de una medida al menor se condiciona a que no concurra alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal. La segunda, al consagrar en el art. 8 el principio acusatorio: *"El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal"*. Por último, cuando ese mismo art. 8, ahora en su inciso segundo, contempla idéntico princi-

11. Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece en el art. 40 la obligación de los Estados de asegurar a los menores las garantías procesales básicas.

12. Debe advertirse, con todo, que si bien la incorporación de este principio ha sido aplaudido de forma prácticamente unánime en la doctrina, no han faltado voces que han cuestionado el sentido político-criminal de diseñar la responsabilidad de los menores con una extensión idéntica a la de los adultos, proponiendo excluir los delitos de menor entidad; véase por ejemplo TAMARIT SUMALLA, en *Revista Penal*, 2001, ob. cit., p. 82.

13. Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112. Conforme a su Directriz 56, "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado como delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven". Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece en su art. 40.2 a) que los Estados Partes garantizarán que "no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en el que se cometieron".

pio al que prevé el Código penal en el art. 6.1 CP y, de forma más específica, en el art. 101 a propósito de la aplicación de las medidas de seguridad privativas de libertad; a saber, que la duración de las medidas que priven de libertad al menor de edad en ningún caso podría exceder de la extensión que habría tenido la pena privativa de libertad prevista para los delincuentes ordinarios, principio que, ya en relación específica con los menores, sentase la Sentencia del TC 39/1991, de 14 de febrero¹⁴.

Estas garantías mínimas se ven completadas por otras que igualmente reproducen las que acompañan al régimen de adultos. Así, el art. 10.1 contempla la *prescripción* de los delitos como garantía básica de la seguridad jurídica (asignándole por lo demás plazos más breves que los que rigen para los adultos siempre que el joven delincuente no haya alcanzado los 18 años), y los arts. 11 y 12 prevén, respectivamente, reglas especiales para los casos de *concurso de infracciones* y de *infracción continuada o con pluralidad de víctimas*, reglas que al igual que sucede con el Derecho penal de adultos, pretenden evitar la pena que resultaría de realizar una aséptica operación aritmética en la que las consecuencias previstas para cada infracción se acumulasen sin ningún tipo de correctivo.

También en la fase de ejecución de las medidas está presente el afán del legislador por preservar las garantías básicas que respaldan a la justicia de adultos. En esta línea el art. 43 consagra el principio de legalidad en la ejecución de las medidas al disponer que “1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en la Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. 2. Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen”. Por su parte, el art. 44, en cumplimiento del mandato constitucional de que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes” (art. 117.3 CE), consagra la competencia judicial en la ejecución de las medidas en aras de eliminar los posibles abusos que pudieran producirse en esa fase. Dicho artículo atribuye al juez la competencia no sólo en orden a todo lo necesario para proceder a la ejecución de la medida, sino para el seguimiento y, en general, para la resolución de cualquier in-

cidente que pudiera presentarse en la fase de su cumplimiento, atribuciones que básicamente coinciden con las que el art. 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) atribuye a los Jueces de Vigilancia.

Las garantías en favor del menor son, sin embargo, las únicas que el legislador está dispuesto a respetar a ultranza. Frente a ellas, y como consecuencia ahora del carácter sancionador-educativo de la norma, el legislador debilita e incluso a veces suprime otros límites orientados a satisfacer las demandas vindicativas y preventivo generales que rigen incondicionalmente en el ámbito de los adultos, tal como reconoce la propia Exposición de Motivos. Así lo delata, ya en el articulado de la Ley, la forma tan flexible con que se asocian las consecuencias penales a la comisión del hecho delictivo, una flexibilidad que no encuentra parangón en los esquemas tradicionales de atribución de responsabilidad penal. El art. 9, en efecto, se limita a ofrecer al juez una serie de reglas mínimas infranqueables en torno a las medidas que puede imponer en cada caso, ciñéndose además a acotar de forma genérica los márgenes máximo y mínimo para toda la gama de hechos típicos a los que pudiera resultar aplicable. A partir de dichos topos, el Juez de menores cuenta con una amplia facultad para imponer la concreta medida y su duración, una facultad que sólo encuentra su límite en el imperativo legal de que habrá de ejercerse siempre en interés del menor.

No es sino la flexibilidad que transpira la regulación legal la que determina el debilitamiento de un principio tan arraigado en el Derecho penal de adultos como el de *proporcionalidad*. Como es sabido, dicho principio reclama que la gravedad de la sanción guarde una relación directa con la del hecho cometido. En aquel ámbito, dicho límite garantista se proyecta en una doble dirección: en primer lugar, un hecho grave debe ser castigado con una pena grave; en segundo lugar, a la inversa, un hecho leve sólo puede ser sancionado con una pena leve. Frente al recorrido bidireccional del principio, en el ámbito de la delincuencia de menores y jóvenes el legislador amputa la primera lectura de dicha fórmula en aras del principio rector representado por el respeto del interés del menor. De esta forma, si bien la ley se esfuerza por mantener a ultranza el tope de la gravedad del delito como referente superior de la pena, desautoriza la máxima de que un delito grave deba merecer una respuesta grave. Es perfectamente posi-

14. Como es sabido, dicha Sentencia declaró inconstitucional el art. 15 de la LTTM, por considerar que el procedimiento en él establecido violaba el derecho a un proceso con todas las garantías.

ble, en efecto, que las necesidades de tratamiento del menor aconsejen la imposición de una medida que, por quedar por debajo de la gravedad del hecho, no sea respetuosa con el dogma de la proporcionalidad. Esta regla, que preside con carácter general la dinámica de la determinación de la medida a imponer, se consagra puntualmente en algún precepto orientado a ofrecer pautas especiales para la imposición de aquéllas. Es el caso del art. 12 relativo a la *infracción continuada o pluralidad de infracciones*, que tras establecer que en estos supuestos el Juez impondrá una sola medida tomando como referente la más grave que corresponda a los hechos cometidos en la máxima extensión que permite el art. 9, añade que ello será así “*salvo cuando el interés del menor aconseje la imposición de la medida en una extensión inferior*”.

Es más, el legislador quiebra de tal forma la arista más garantista del principio de proporcionalidad que llega a desplazarlo por una versión realmente insólita del *principio de intervención mínima*, en la que la reacción penal está de antemano dispuesta a claudicar bajo presupuestos que serían impensables en el Derecho penal de adultos. En este sentido pueden citarse los arts. 18 y 19 de la Ley, relativos a la fase previa de incoación del expediente. Conforme al primero, el Ministerio Fiscal, la mayoría de las veces a propuesta del Informe del equipo técnico según lo dispuesto en el art. 27.4, puede desistir de incoar el expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas tipificadas por el Código penal o por leyes especiales. Por su parte, el art. 19 articula expedientes de mediación (la *conciliación* y *reparación* entre el menor y la víctima) que en los casos de delitos menos graves o faltas permiten igualmente al Fiscal instructor sobreseer las actuaciones en los casos de menor gravedad de los hechos¹⁵. Con uno y otro expediente se pretende compensar a la víctima mediante la satisfacción moral (*conciliación*) o económica (*reparación*) a la par que incidir sobre el menor, a quien se obliga a enfrentarse con su propia conducta para que comprenda sus consecuencias pero sorteando a la vez el estigma que siempre supone la aplicación de una medida. Con todo, no puede dejar de apuntarse que si realmente la preocupación del legislador va en la línea de procurar hasta donde sea posible la solución extrajudicial del conflicto, parece incongruente la forma tan restrictiva con que re-

gula la *conciliación*. Y es que, en efecto, el apartado segundo del art. 19 dice que la misma se entenderá producida una vez que el menor reconozca el daño causado, se disculpe ante la víctima y “*ésta acepte sus disculpas*”. Resulta de esta forma que en última instancia la operatividad de la conciliación se supedita a la voluntad de la víctima, quien tiene así una suerte última palabra. Habría sido más conveniente que la ley contemplase la posibilidad de valorar las razones por las que eventualmente la víctima se obcecara en conciliarse con el agresor y, en todo caso, que hubiera previsto la posibilidad de una vía alternativa para esa hipótesis, representada tal vez por la posibilidad de reparar el daño causado con medidas que tomarían entonces como punto de referencia, no ya a la víctima concreta, sino a la comunidad en general mediante la realización de prestaciones en beneficio de la misma.

El empeño del legislador por evitar en lo posible el cumplimiento de una medida se extiende al período posterior a la conclusión de la instrucción. Así lo evidencia el art. 30.4 de la Ley, que atribuye al Ministerio Fiscal la facultad de solicitar el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es más, las muestras del debilitamiento que experimenta el principio de *proporcionalidad* y, correlativamente, el robustecimiento del de *mínima intervención penal*, no sólo se refieren al momento en que se trata de decidir la imposición o el efectivo cumplimiento de la medida impuesta. También a lo largo de la fase ejecutiva o de cumplimiento de la misma está presente el deseo de priorizar el interés del menor sobre las exigencias que impondría el escrupuloso respeto de la máxima de la proporcionalidad. De hecho, la prevalencia de los intereses favorables al menor se expande de tal forma a lo largo del articulado del texto legal que el principio básico de imposición de una consecuencia jurídica a un hecho delictivo vuelve a verse desplazado por el opuesto de evitar hasta donde sea posible el cumplimiento de la medida correspondiente y, en otro caso, de sustituir la consecuencia ya impuesta. Buena prueba de ello son las previsiones del art. 14, que permite al Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores “*dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por*

15. A nivel internacional la Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil instaba a los Estados al desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación.

otra, siempre que la modificación redunde en interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta"; y ya en el Título VII relativo a la ejecución de las medidas, el art. 51.1, que contempla la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, pueda sustituir la medida impuesta "por otras que se estime más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento". No está de más advertir que si bien estos artículos al referirse a la posibilidad de sustitución no hacen referencia expresa a que lo sea por una medida más favorable, está en su espíritu la exclusión de la *reformatio in peius*. Así lo revela el dato de que, cuando hace mención a la duración, el art. 14 declare que la facultad del juez se refiere a reducirla, y el art. 51 exprese que la nueva medida ha de ser por tiempo igual o inferior al que restaba para el cumplimiento de la inicialmente impuesta.

En la misma línea deben citarse las previsiones del apartado segundo del art. 51, relativo a la posibilidad de que en cualquier momento la medida retroceda de nuevo ante los mismos expedientes mediadores que contempla en el art. 19 y que, según se apuntó, concilian tanto la necesidad de atender a las pretensiones de la víctima como a la satisfacción de los intereses del menor: la *conciliación* y la *reparación*. Todavía el art. 40 de la Ley arbitra un mecanismo que permite al menor esquivar el efectivo cumplimiento de la medida que se le impuso: la *suspensión de la ejecución del fallo*. Dicha posibilidad, que se prevé para los supuestos en los que la duración de la medida no exceda de dos años, se condiciona, entre otros extremos, a que "el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones".

El panorama que arroja esta aproximación genérica al talante con que el legislador afronta la responsabilidad del joven delincuente no es sino el reflejo de algo a lo que ya aludía líneas más arriba; esto es, de la actitud con que previamente encara la tensión inmanente entre los intereses que subyacen bajo cualquier forma de reacción penal: por un lado, las demandas de *prevención especial*; por otro, las necesidades *preventivas generales*, tanto en el sentido *negativo* de intimidación como en el *positivo* de reafirmación en la confianza en la vigencia del Derecho. La prevención general negativa, que en estos casos no se refiere a toda la sociedad sino a los potenciales jóvenes delincuentes, se manifiesta en la existencia misma de sanciones que, en casos de mayor gravedad, pueden

consistir en el internamiento en régimen cerrado. A la prevención general positiva, que ahora sí, tiene como destinatario a la sociedad en su conjunto, hace alusión expresa el propio legislador cuando, por ejemplo, el art. 51.2 al referirse a los efectos que pueda tener la conciliación obliga a atender a lo que incluso nominalmente designa como el "reproche que merecen los hechos cometidos por el autor". Lo mismo puede decirse del art. 14.1 cuando condiciona la posibilidad de sustituir o dejar sin efecto la medida a que se exprese suficientemente al menor "el reproche merecido por su conducta"; o del art. 18 cuando hace depender la posibilidad de desistir de la incoacción del expediente ya iniciado de que los hechos sean constitutivos de delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas. Muestra en el mismo sentido es el art. 19.1, que exige para sobreseer el expediente por conciliación o reparación que se atienda a la "gravedad y circunstancias de los hechos", o el art. 27.4, que prevé la posibilidad de que el equipo técnico proponga en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor "por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados".

Ahora bien, pese a lo anterior, esto es, pese al reconocimiento de la presencia de intereses de corte preventivo general, no puede desconocerse que son las exigencias *preventivo especiales* las que de forma clamorosa ganan el pulso a las restantes, hasta el punto de poder decirse que, como regla general, lo que aconsejan las demandas de prevención general resulta única y exclusivamente atendible en tanto no obstaculice la recuperación y, en definitiva, la satisfacción de los intereses del joven delincuente. De hecho, así lo consagra de forma tajante el apartado 3 del art. 7 de la Ley. Dicho artículo, tras enunciar las medidas que puede imponer el Juez, señala que "para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor... El Juez deberá motivar la sentencia, expresando en detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor". Redundando en la misma línea, el art. 27.4 ya citado prevé la posibilidad de que el equipo técnico informe la conveniencia de dar por finalizada la tramitación del expediente "por considerar inadecuada para el interés del

menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos”.

De esta forma, es dentro de los márgenes de lo conveniente para el menor donde tienen cabida los intereses preventivo generales, que entonces cobran protagonismo para decidir la procedencia o no de la medida. Una muestra del espacio de juego que quedan a dichos intereses lo ofrece el ya citado apartado 2 del art. 51. En él se contempla la posibilidad de anular la medida previamente impuesta cuando se produzca la conciliación del menor con la víctima siempre que el Juez estime que *“dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el autor”*. La forma en la que se entrecruzan los respectivos intereses resulta entonces evidente: en primer lugar, se parte de una medida que fue impuesta al menor atendiendo preferentemente a sus intereses; en segundo lugar, se admite que hay otra solución al conflicto que resulta tan beneficiosa o más para los intereses del menor que la primera; por último, dentro de este espacio de juego, las necesidades preventivo generales condicionan la posibilidad de mantener o alterar la vigencia de la medida inicial.

No obstante, de inmediato debe advertirse que cuanto se acaba de afirmar es la línea que con carácter general acuña en la ley la filosofía que inspira la conjugación de dichos intereses preventivos (generales y especiales). Ello no impide que en determinados supuestos de especial gravedad el legislador parezca olvidarse de los intereses preventivo especiales y se vuelque en satisfacer de forma prioritaria las demandas de prevención general, hasta el punto de que éstas llegan incluso a precluir la atención a los intereses del joven o menor como, sin embargo, aseguraba evitar la Exposición de Motivos. Clara muestra de ello es, ya por lo que a los presupuestos de aplicación de la ley se refiere, el dato de que el art. 4 condicione la extensión de sus previsiones a los jóvenes entre dieciocho y veintiún años, entre otras circunstancias, a que se trate de una falta o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o integridad físicas de las mismas, haciendo total abstracción de las necesidades educativas del joven delincuente. Más allá de esta muestra, la prevalencia en determinados casos de las exigencias preventivo generales está presente en el genuino ámbito de aplicación de la ley, a saber, los menores entre 14 y 18 años. Es lo que sucede con el art. 9.5 relativo a la medida más grave de cuantas contempla la Ley: el *internamiento en régimen cerrado*. Conforme a dicho artículo, cuando se trate de un delito

cometido por un mayor de dieciséis años con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida e integridad física de las mismas y los hechos revistan extrema gravedad apreciada expresamente en la sentencia, el Juez *habrá* de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Conforme a la redacción introducida por la Ley 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código penal y la LO 5/2000, “se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara la reincidencia”. Resulta así que en esos casos el juez *no podrá* sino que *habrá* de imponer la medida cuando se den dichos presupuestos objetivos sin que tenga margen alguno de maniobra para ponderar las circunstancias particulares del menor. Esta crítica se agrava aún más con las previsiones de la cláusula final de dicho apartado, conforme a la cual, *“Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los arts. 14 y 51.1 de esta ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento”*. Según se vio, el primero de los artículos contempla la posibilidad de que el juez deje sin efecto la medida impuesta, reduzca su duración o la sustituya por otra en interés del menor; el segundo, el art. 51.1, se refiere a la posibilidad de que el Juez de menores deje sin efecto las medidas o las sustituya por otras en la fase de su ejecución. De esta forma, en el primer año de internamiento la gravedad de los hechos determina la expulsión de los intereses preventivo especiales para atender únicamente a las demandas de prevención general.

La misma claudicación de los intereses preventivo especiales frente a las demandas de prevención general está presente en otras reglas de la Ley incorporadas en virtud de la Ley Orgánica de reforma 7/2000. Conforme a su Disposición Adicional cuarta, cuando se trate de delitos de homicidio, asesinato o agresión sexual, delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580 CP y aquellos otros sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años, el juez *habrá* de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado que puede alcanzar hasta los ocho años si el sujeto es mayor de dieciséis, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años. Si el sujeto fuera menor de dieciséis, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de hasta cuatro años, que puede completarse por otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de tres. No obstante, continúa la misma Disposi-

ción, si el sujeto fuere responsable de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos en los arts. 571 a 580 CP, el juez habrá de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado cuya duración podrá alcanzar hasta los diez años si se trata de mayores de dieciséis, y cinco para los menores de esa edad. Dejando ahora al margen los aspectos relativos a la concreta duración de la medida, a los que habrá ocasión de referirse más adelante, lo que ahora interesa subrayar es el imperativo que en tales casos se dirige al juez para imponer una medida de internamiento en régimen cerrado, algo en lo que sin lugar a dudas se refleja la prevalencia de los intereses preventivo generales.

La misma prevalencia puede deducirse de los arts. 11 y 12 relativos a las reglas concursales. Dichos artículos, en efecto, parecen dar por sentado que, en todo caso, se impondrá al menor una o varias medidas sin tomar en cuenta la posibilidad de que, pese a haber realizado varios hechos constitutivos de delito, pueda apreciarse la conveniencia de renunciar a las mismas por razón del interés del joven delincuente.

Es más, en el capítulo de posibles asintonías con el principio general de prevalencia de los intereses preventivos especiales no puede pasarse por alto la paradoja que encierra la previsión de la *suspensión del fallo* en el art. 40 de la Ley. Porque si realmente se partiese de que en la imposición de la medida primaron los intereses educativos e incluso, como dice la Exposición de Motivos, que se renunciaron a otros fines del Derecho penal, no tendría sentido suspenderla una vez impuesta, ya que, como es sabido, la suspensión tiene como finalidad preservar las finalidades preventivo especiales de la pena. Resulta así la paradoja de tener que afirmar, por ejemplo, que al menor se le impone una medida de trabajo en beneficio de la comunidad porque resulta conveniente para que tome conciencia del daño que ha producido y para su reinserción social, en definitiva, para la prevención especial, pero que después se suspende su cumplimiento por ser conveniente desde un punto de vista preventivo especial. Tal vez por ello hubiera sido más acertada la propuesta que formulase el Grupo de Estudios de Política Criminal en el Manifiesto sobre justicia juvenil aprobado en Valencia el 26 de septiembre de 1998 así como en la reunión de trabajo mantenida en El Escorial el 23 de abril de 1999. En dicho Manifiesto el Grupo se pronunciaba en el sentido de que la posibilidad de suspender la pena se limitase a la medida que, más allá de intereses preventivo especiales, res-

ponde de forma inequívoca a exigencias de prevención general y de aseguramiento: la medida de internamiento.

III. Las medidas previstas en la LO 5/2000

A partir de las reflexiones anteriores de carácter general paso a ocuparme de cada una de las medidas que en concreto contempla la Ley del Menor. Antes de nada, a título aclaratorio, de inmediato debe advertirse que al margen de las consideraciones que siguen, quedan las medidas que el juez pueda acordar con carácter cautelar, medidas que en cuanto a su naturaleza no difieren de la homónima que el Código penal prevé en relación con los mayores de edad. También aquí, en efecto, se trata de una medida que el juez adopta cuando hay indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo y existe el riesgo de que el menor eluda u obstruya la acción de la justicia. Tan sólo destacar que el carácter restrictivo que en general acompaña a su empleo se extrema todavía más en el ámbito de la delincuencia juvenil. Así lo expresa sin ambages el apartado 1 del art. 28 de la Ley Orgánica cuando insiste en que la adopción de la medida la acordará el Juez *"tomando en especial consideración el interés del menor"* y *siempre después de oídos el letrado del menor, el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o de reforma de menores que informarán sobre la naturaleza de la medida cautelar*". Por su parte, en relación con la medida cautelar de internamiento, el apartado segundo del mismo artículo reitera la necesidad de que la atención a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida esté presidida por la valoración de las *"circunstancias personales y sociales del menor"*, insistiendo en la necesidad de los informes a que se refería el apartado primero, que deberán formularse *"desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal"*. En cuanto a su duración, el apartado 3 refuerza su carácter restrictivo al disponer que el tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de tres meses, prorrogables a instancia del Ministerio Fiscal por otros tres meses como máximo.

El elenco de medidas, entendidas ya como genuina respuesta a la comisión del delito o falta, se contiene en el art. 7 de la Ley, que las enumera siguiendo un orden de menor a mayor gravedad: a) internamiento en régimen cerrado; b) internamiento en régimen semiabierto; c) internamiento en régimen abierto; d) internamiento terapéutico; e) tratamiento ambulatorio; f) asistencia a un cen-

tro de día; g) permanencia de fin de semana; h) libertad vigilada; i) convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; j) prestaciones en beneficio de la comunidad; k) realización de tareas socio-educativas; l) amonestación; m) privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho de obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas; n) inhabilitación absoluta¹⁶.

Antes de entrar en el análisis de los aspectos más destacados de cada una de las medidas quisiera hacer referencia a una serie de aspectos comunes a todas ellas

a) Aspectos comunes a todas las medidas

a.1) Destinatarios

En primer lugar, por lo que se refiere a los destinatarios de las medidas, se distinguen tres grandes tramos de edad: el primero, de catorce a dieciséis años, el segundo de dieciséis a dieciocho, y el tercero de dieciocho a veintiuno. A los sujetos que se encuentren comprendidos en el primer tramo sólo podrán imponérsele las medidas que contempla la Ley con una duración máxima de dos años (art. 9.3). Si el menor ha cumplido los dieciséis años en el momento de comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas puede alcanzar un máximo de cinco años cuando el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas (art. 9.4); en los supuestos de extrema gravedad podrá imponérsele una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta otros cinco años. Los mismos tramos de edad vuelven a aparecer como criterios determinantes de la severidad de la pena en las reformas introducidas por la LO 7/2000 a la que enseguida habrá ocasión de referirse. Por último, conforme al art. 4, a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno podrá aplicársele de forma excepcional la Ley cuando se den una serie de circunstancias (comisión de una falta o delito menos grave, no haber sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos co-

metidos una vez cumplidos los dieciocho años, y que así lo aconsejen las circunstancias personales del imputado).

Con la previsión de estos diferentes tramos de edad el legislador expresa su preocupación por conjugar dos aspectos que en principio pueden parecer antagónicos: el primero, graduar la intensidad de la respuesta penal conforme al proceso evolutivo del menor, de tal forma que, en principio, mientras mayor sea su edad más severa será aquélla; en segundo lugar, atender a las circunstancias y necesidades del joven delincuente, de tal modo que el hecho de alcanzar la mayoría de edad no le expulse inexorablemente del sistema de justicia juvenil.

a.2) Discrecionalidad del juzgador en la elección de las consecuencias jurídicas

Por lo que se refiere ya a la forma en que se diseñan las consecuencias jurídicas, la existencia misma de un amplio catálogo de medidas refleja la loable preocupación del legislador de evitar que la privación de libertad se convierta en la respuesta generalizada frente a la comisión de hechos delictivos por el menor, preocupación que no es más que el reflejo de las directrices consagradas a nivel internacional¹⁷. De hecho, puede decirse que todas las medidas no privativas de libertad que contempla el art. 7 se diseñan en realidad como alternativas a la respuesta principal propia del régimen de responsabilidad de los adultos. Para ello el juez cuenta con un amplio arbitrio en orden a elegir la que estime más conveniente, arbitrio que encuentra su límite en la necesidad de respetar el interés del menor. En este sentido, dispone el art. 7.3 que *"para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor... El juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor"*.

16. Medida ésta introducida por la LO 7/2000.

17. Valga de cita las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Conforme a su art. 1.1: "El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso". Por su parte, el art. 37 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece el compromiso de los Estados Partes para velar porque "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la Ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

Más allá de ese límite genérico representado por lo conveniente al menor, el art. 9 restringe las posibilidades de elección del juez en tres supuestos puntuales que comparten entre sí la preocupación por respetar la lectura más garantista del principio de *proporcionalidad*: el primero, al disponer que al menor que haya cometido una falta sólo se le podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad y privación del permiso de conducir con los márgenes temporales que prevé (apdo. 1); el segundo, al limitar las posibilidades de aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado a los casos en que en la comisión del delito se haya empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas (apdo. 2); el tercero, al disponer que las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado (apdo. 6).

Éstos son los únicos límites que acotan la facultad del juzgador. Y si bien su mención expresa resulta sin duda elogiable en cuanto que, como se ha dicho, responden a la preocupación por garantizar que un hecho menos grave no sea sancionado con una consecuencia grave, no deja de ser criticable la forma tan insuficiente con que se contemplan dichos límites. Porque se echa en falta una previsión que recortase la posibilidad de imponer sanciones graves a otros supuestos que, si bien determinan la aplicación de la LORRPM conforme a las previsiones de su art. 1, merecen igualmente un menor contenido de desvalor; en concreto, las formas de participación intentada, los actos de participación en el delito así como los actos preparatorios punibles. A ello debe añadirse la conveniencia de que la Ley hubiera recogido de forma expresa el principio que consagra el art. 95.2 del Código penal a propósito de los adultos: que cuando la pena que hubiera correspondido al delito cometido no fuera privativa de libertad, no podrá imponerse al sujeto una medida que tenga esa naturaleza.

a.3) Duración de las medidas y su cuantificación judicial

La flexibilidad que inspira el sistema de medidas está presente también en lo que se refiere a la duración de las mismas. La Ley, en efecto, se preocupa exclusivamente de fijar los topes temporales máximos y mínimos de la intervención, pero dejando un generoso margen de decisión al juzgador a la hora de cuantificarla en función de las circunstancias del caso concreto.

Con lo primero, esto es, con la fijación del tiempo máximo de duración de cada medida, la Ley consagra el destierro definitivo del régimen propio del Código penal del 73 que, como es sabido, disponía en el art. 65 que “al mayor de 16 años y menor de 18 se le aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, *pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable*”. Frente a ello, y en sintonía con lo que rige en general en el Código penal vigente a propósito de la limitación temporal de las medidas de seguridad, el apartado 3 del art. 9 de la LORRPM garantiza que las medidas tendrán una duración limitada de antemano que, como regla general, no podrá exceder de dos años. Y si bien es verdad que la existencia de ese límite general es ya de por sí digna de aplauso en cuanto representa un ancla que inmoviliza cualquier pretensión de imponer una medida de duración, si no ya indefinida, sí desorbitada, a partir de la misma, las excepciones en la LORRPM no dejan de sucederse, hasta el punto de apartar a la mayoría de los hechos cometidos por los menores de ese límite “general” de dos años.

La primera excepción se contiene en el apartado 4 del mismo art. 9. Dicho apartado deroga la regla del art. 9.3 en los casos en que el menor haya cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida e integridad física de las mismas y el equipo técnico aconseje su prolongación. En esos supuestos la Ley dispone que las medidas pueden llegar a tener una duración de hasta cinco años.

Si bien respaldada por el calificativo de “excepcional”, no puede pasarse por alto que el tope de cinco años así establecido está llamado a operar en la práctica con una frecuencia realmente extraordinaria. Porque hay que reconocer que no es precisamente la delincuencia de cuello blanco la que suelen cometer los menores, sino actos en los que normalmente está presente la nota de la violencia o la intimidación. Desde esta óptica no puede ignorarse que la posibilidad que asiste al juez en tales casos de recorrer en toda su extensión el margen temporal hasta alcanzar los cinco años no es nada desdeñable. Baste pensar en el dato de que en las edades que determinan la aplicación de la cláusula, el período evolutivo del menor es especialmente intenso, de tal suerte que esos cinco años suponen en términos comparativos un lapso temporal mucho más amplio que si se tratase de adultos.

En este sentido el informe del Consejo de Estado al que el Gobierno sometió el texto inicial de la Ley aconsejaba que la duración máxima de las medidas de internamiento fuese de tres años. De forma aún más estricta, el Grupo de Estudios de Política Criminal, si bien propuso que para los delitos graves el tope máximo de la medida pudiera alcanzar los tres años, añadía que la medida de internamiento en ningún caso podría exceder de dos. Porque no puede ignorarse que tras la comisión de un delito por un menor lo que se oculta en realidad es un dramático problema humano que es previo a la intervención del Derecho penal y que desde luego, como en tantos otros ámbitos, es ilusorio pretender corregir recurriendo a la exasperación de las consecuencias jurídicas.

Pero no se acaban en las previsiones del art. 9.4 las excepciones a la regla general consagrada en el apartado tercero del mismo artículo. Las mismas continúan, y aún con mayor intensidad, en el apartado 5 del art. 9 relativo a la medida de *internamiento en régimen cerrado*. Conforme a dicho apartado, "excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran *extrema gravedad*, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, completada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años".

Más allá de las reflexiones que suscita ya la duración nada desdeñable de una medida de internamiento en régimen cerrado por un período de hasta cinco años cuando se está hablando de delincuentes jóvenes, no puede pasarse por alto el aspecto relativo a los presupuestos que condicionan la aplicación de ese margen superior de la medida. Conforme al inciso tercero del art. 9.5: "A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara la reincidencia". Dicha previsión no deja de despertar serias objeciones de lectura convergente. En primer lugar, porque la reincidencia, de por sí, puede ser únicamente un indicador de

que persiste el contexto social o las deficiencias educativas que en su día impulsaron al menor a delinquir, algo que, desde luego, no se soluciona sino que, al contrario, más bien puede agravarse al someterle a un internamiento cerrado; en segundo lugar, porque esa mención desconoce que justamente se parte de la inmadurez del menor y que el sentido mismo de diseñar un régimen especial es la confianza en su capacidad para recuperarse, no para recaer; en tercer lugar, porque la mención de la reincidencia como circunstancia que puede justificar la imposición de una medida de internamiento con una extensión tan importante no parece conciliarse bien con la exigencia plasmada a nivel internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que establece la necesidad de recurrir de forma restrictiva a la imposición de las medidas privativas de libertad.

Pero con las anteriores, no acaban todavía las excepciones al período de dos años que la Ley decía consagrar en el art. 9.3 como la regla general de duración de las medidas. Las más llamativas vendrían de la mano de las modificaciones operadas por la LO 7/2000, de 22 de diciembre. Como es sabido, dicha Ley se dicta para reformar algunos artículos del Código penal y de la LO 5/2000 con la peculiaridad de que ésta ni siquiera había entrado todavía en vigor, algo previsto para el 13 de enero de 2001. El origen de dicha Ley, que se había ido gestando paulatinamente¹⁸ era, según aclaraba la propia Exposición de Motivos, hacer frente a la específica problemática del terrorismo. Según la misma se esforzaba por subrayar, "No se trata... de excepcionar la aplicación de la Ley 5/2000 a estos menores, ni tampoco de aplazar o graduar la entrada en vigor de la misma... sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad, manteniendo sin excepción todas las garantías procesales que, para los meno-

18. El Proyecto inicial era si cabe más severo, en cuanto que prevía un tiempo superior de internamiento en régimen cerrado para los menores de dieciséis años. Además de prever otras modificaciones en materia de terrorismo, endurecía el tratamiento procesal y sustantivo de los menores en este ámbito. Lo primero, porque ya atribuía la competencia para conocer de estos delitos al juzgado central de menores de la Audiencia Nacional; lo segundo, que es lo que ahora interesa, porque elevaba considerablemente la extensión máxima de la pena de internamiento. Conforme a las previsiones del Proyecto inicial: "cuando los hechos cometidos constituyan delitos de terrorismo, el juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a diez años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 9.5 de esta Ley Orgánica. Si los responsables de estos delitos son mayores de 16 años, sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta, a las que se refieren los artículos 14 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta".

res, ha establecido la Ley 5/2000, y para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto a las conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, puedan desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador". Lo cierto es, sin embargo, que la Ley no ciñó el alcance de las reformas a los delitos de terrorismo (arts. 571 a 580). Conforme a la Disposición adicional cuarta, las modificaciones y exasperación del marco punitivo alcanzarían también a los delitos tipificados en los arts. 138, 139, 179 y 180 CP, esto es, los delitos de homicidio y asesinato así como de agresión sexual y aquellos otros sancionados el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

Además de arbitrar reglas especiales en materia procesal¹⁹, lo más característico de la reforma fue la elevación del tiempo de internamiento en régimen cerrado para determinados delitos, volviendo a excepcionar de forma clamorosa la regla general que la LO 5/2000 había consagrado en el art. 9.3 relativa al tiempo de duración máxima de la medida (dos años). Conforme al apartado 2 c) de la Disposición Adicional cuarta de la LO 7/2000, tratándose de los delitos tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 CP y aquellos otros sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años: "cuando el responsable sea mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años... Si los responsables de estos delitos son menores de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica".

No conforme aún con esta exasperación punitiva el legislador optó por incrementar aún más la duración de dicha medida para determinados supuestos: "No obstante lo previsto en los dos párrafos anteriores, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez

años para mayores de dieciséis años y de cinco para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los artículos 571 a 580 del Código penal"²⁰.

A la vista de estas sucesivas excepciones a la regla del art. 9.3, orientadas a incrementar la duración de la medida, no creo que a nadie se le escape que en su fijación no han sido los intereses preventivo especiales y educativos los que han impulsado las mismas y, de forma especial, las introducidas por la LO 7/2000, sino las demandas de seguridad y preservación social ante un tipo de delincuencia que, como ninguna, genera una extraordinaria conciencia de inseguridad. Lo que sucede es que, si bien es cierto que los delitos a que se refiere y, en especial, el terrorismo, representa un problema acuciante ante el que el Derecho penal no puede permanecer impasible, cuando es cometido por menores y jóvenes su respuesta no debe buscarse única y exclusivamente de la mano de una exasperación punitiva. Porque de esta forma lo único que consigue es desnudar al Derecho penal de principios garantistas, como la *proporcionalidad*, para descargarlo con toda su crudeza justamente sobre las personas más necesitadas de un tratamiento diferente.

En este orden de ideas no puede pasarse por alto que si realmente el espíritu de la medida no es castigar sino educar, prorrogar hasta un total de diez años la intervención sobre el menor revela cuanto menos la incoherencia de la Ley. Porque si se necesita una década para educar es pura y llanamente porque la medida educativa carece de eficacia. Todo ello sin olvidar que se está hablando de una medida, el internamiento en régimen cerrado, en la que la restricción de derechos que supone en nada difiere de las auténticas penas y en la que el contenido educativo de su diseño teórico queda en la práctica seriamente entredicho. Una vez más parece que el legislador vuelve a olvidarse de los intereses del menor y a contradecir el abigarramiento con que su Exposición de Motivos no sólo decía garantizar esto, sino estar dispuesta a rechazar para lograrlo "*otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma*".

19. Como la atribución de la competencia para conocer de los delitos de terrorismo al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

20. Todo ello además de la pena de inhabilitación absoluta "por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta".

En cualquier caso, las previsiones legales en torno a la extensión de la pena se agotan en la fijación del tope máximo y mínimo de cada medida. Dentro de ese marco el juzgador goza de un extraordinario arbitrio a la hora de fijar su *quantum* en el caso concreto, si bien con el límite que la Ley se ocupa reiterativamente de recordar de que dicha tarea de concreción deberá atender en todo caso al interés del menor. En este sentido, el apartado 3 del art. 7 obliga al juez a motivar en la sentencia no sólo las razones por las que aplica una determinada medida, sino la duración de la misma "a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor". A ello debe añadirse el límite ya citado que prevé el art. 8 al disponer que la duración de las medidas privativas de libertad en ningún caso podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad por el mismo hecho caso de haber sido el sujeto mayor de edad. Más allá de esos límites la Ley remite al juez a las circunstancias del caso concreto, sobre las que habrá de realizar una tarea valorativa para decidir la extensión de la medida. Y si bien es cierto que esta remisión a las circunstancias del caso parece obligada desde las coordenadas de un sistema de corte predominantemente educativo, no habría estado de más que desde la letra de la ley se hubiesen fijado determinados límites que, al igual que sucede con el Derecho penal de adultos, garantizaran que el afán intervencionista en ningún caso perdiera de vista la gravedad del hecho o, si se prefiere, por enlazar con cuanto se decía más arriba en torno a la vigencia del principio de proporcionalidad, que las peculiaridades de la delincuencia juvenil no pueden derogar la lectura de dicho principio que reza que a un hecho menos grave tiene que corresponder siempre una consecuencia jurídica también de menor gravedad. En este sentido, ya que según se ha criticado no se restringe el catálogo de medidas aplicables cuando se trata de formas de participación intentada, formas de participación más leve (complicidad) o actos preparatorios punibles, hubiera sido conveniente limitar de forma expresa la extensión de las medidas en estos supuestos al igual que lo hace el Derecho penal de adultos respecto a las penas.

a.4) Competencias en la ejecución de las medidas

Común a todas las medidas es la previsión de que la competencia administrativa para la ejecución se atribuye a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla (art. 45 Ley). Sin desconocer las ventajas que reporta este modelo

de descentralización, tampoco puede ignorarse el riesgo de que potencie las desigualdades entre Comunidades, desigualdades que, respecto a la situación actual, ya pusiera de relieve el Informe del Defensor del Pueblo de 1997. Y no ya sólo porque las distintas posibilidades presupuestarias de las distintas Comunidades puedan determinar divergencias a la hora de la disponibilidad o existencia misma de los centros, sino porque la cesión de dicha autonomía reglamentaria puede encerrar el riesgo de dar paso a una situación de desigualdad en las condiciones de funcionamiento de los mismos y, en definitiva, de la ejecución de las medidas. De hecho, el art. 45 de la Ley potencia ese riesgo al disponer que dichas entidades públicas llevarán a cabo "*de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas por la Ley*".

Por ello, no puede pasarse por alto la conveniencia de establecer a nivel reglamentario criterios de racionalización y de consiguiente uniformidad a la hora de poner en práctica la ejecución de medidas, sobre todo cuando éstas han de cumplirse en los Centros establecidos al efecto. Porque el logro de la finalidad que con cada una de ellas se pretende conseguir requiere unas condiciones y líneas de actuación homogéneas, que en relación con los centros se traducen en la necesidad de cubrir una serie de exigencias mínimas en cuanto a sus condiciones de funcionamiento, personal, instalaciones y equipamiento, así como disponibilidades espaciales.

b) Estudio de cada una de las medidas contempladas en la LO 5/2000

Según se vio, el elenco de consecuencias jurídicas se contiene en su art. 7, que reproduce la mayoría de las que ya contemplaba la LO 4/1992, si bien incorpora algunas nuevas e introduce modificaciones en otras para aclarar su sentido.

Como ya se apuntó, dicha ordenación de medidas se realiza conforme al grado de restricción de derechos que suponen. El último lugar de la escala lo ocupa la *inhabilitación absoluta* (art. 7.1 m). Esta medida no estaba contemplada en el catálogo inicial de sanciones previsto por la Ley 5/2000, siendo introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre de modificación de esta Ley y del Código penal. Su incorporación obedece a la modificación que la misma Ley opera respecto a la 5/2000 en lo que se refiere a la responsabilidad de menores por delitos de terrorismo; en concreto, al prever en la Disposición Adicional cuarta dicha san-

ción en relación con esos delitos²¹. Conforme al apartado n) del art. 7, "la medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida".

La siguiente medida es la *privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de licencias administrativas para caza o para el uso de cualquier tipo de armas* (art. 7.1 m). Se trata de una medida que cuando se impone como principal no requiere que el hecho delictivo haya estado relacionado con su uso, exigencia que sólo rige cuando se impone como consecuencia accesoria de otra principal.

Pese a que en la Ley se diseña como una medida de alcance general, es claro que, al menos por lo que se refiere a la conducción de determinados vehículos y en general a la licencia de armas, sólo afecta a los sujetos que pueden acceder o estar en posesión de las mismas, a saber los mayores de 18 años. Respecto a su ejecución, apenas hace falta decir que el control de su cumplimiento corresponde a las autoridades policiales. Por otra parte, tampoco representará problema alguno para éstas comprobar si un menor conduce tras la imposición de esta medida, ya que, salvo en el tramo de 18 a 21 años, aquél tiene en general vedado el acceso a tal licencia o carnet para conducir o para el uso de armas.

En tercer lugar, la Ley menciona la *amonestación* (art. 7.1 l). Se trata igualmente de una consecuencia leve, ya que mediante ella el Juez se limita a reprender al menor de edad para concienciarle así de lo inadecuado de su conducta y de la gravedad de la misma.

La siguiente medida en la escala legal es la *realización de tareas socio-educativas* (art. 7.1 k). Con ella se trata de que el menor realice actividades específicas de contenido educativo orientadas a su reinserción social. Como reconoce la propia Exposición de Motivos, dicha medida puede imponerse como principal o bien formar parte de otra más amplia y puede concretarse, por ejemplo, en la obligación de asistir a un taller ocupacional, de aprendizaje para la competencia social, a un aula de educación, a cursos de preparación

para el empleo, etc. Justamente por el carácter claramente educativo de la medida y por brindar al menor oportunidades de reintegrarse en régimen de libertad, se configura como una de las consecuencias que más expectativas despierta, si bien no puede olvidarse que es, a la par, una de las que más frustración puede generar, ya que su puesta en práctica requiere una dotación de medios que de otra forma convertirían sus previsiones en un brindis al sol.

El apartado j) del art. 7.1 contempla la medida de *prestaciones en beneficio de la comunidad*. Con ella se trata de que el menor realice actividades que redunden en beneficio de la sociedad, contribuyendo así a enfrentarle con su hecho delictivo y a concienciarle de su injusto a la vez que favorecer la adquisición de conocimientos específicos y descubrirle la utilidad social de su trabajo. De otra parte, presenta la ventaja de implicar a la comunidad en la resolución del conflicto, potenciando la sintonía entre ésta y el menor infractor. Estas diversas aristas de la medida aconsejan que la naturaleza de la tarea guarde relación con el hecho cometido. Por otra parte, conforme al art. 25.2 CE, en ningún caso podrá imponerse con carácter forzoso. A ello debe añadirse que nunca podrá suponer una interferencia en la actividad escolar y educativa del menor, de tal modo que deberá respetar el derecho y, en su caso, la obligación de éste de asistir a las clases y centros propios de la enseñanza que le corresponda conforme a su edad. Así lo prevé, por ejemplo, el art. 48.2 de la Ley 1/1998, de 20 de abril de la Comunidad Autónoma Andaluza. Todo ello sin olvidar que también debe compaginarse con el derecho a un tiempo libre y de ocio, necesarios en toda terapia, máxime cuando se habla de niños o jóvenes.

Debe observarse que pese a que la LORRPM no lo dice expresamente, esta medida está llamada a funcionar también como un expediente de reparación en los casos en los que la infracción cometida por el menor no tenga una víctima concreta. Lo contrario supondría hacerle en estos casos de peor condición, introduciendo con ello un sesgo que no sólo es ajeno al espíritu de la Ley, sino al más básico sentido de justicia. Por otra parte, baste recordar cuanto se dijo más arriba en torno a la conveniencia de que la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad se hubiese configurado en la Ley como alternativa a los casos en que, pe-

21. Conforme a la Disposición Adicional cuarta, "cuando se trate de delitos previstos en los artículos 571 a 580, el Juez, sin perjuicio de otras medidas que correspondan con arreglo a esta Ley Orgánica, puede imponer al menor una pena de privación de libertad por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor".

se a existir una víctima concreta, ésta se negase a conciliarse con el menor, supuestos en los que incomprensiblemente el texto legal precluye la posibilidad de acudir a los expedientes mediadores.

Por lo que se refiere a la extensión de esta medida el art. 9.3 dispone que, como regla general, no podrá superar las cien horas. Dicha regla encuentra dos excepciones que, respectivamente, restringen y amplían su duración máxima. La primera se prevé en el apartado 1 del mismo artículo 9 a propósito de la comisión de faltas. En tales casos, dice el precepto, la medida no podrá superar las cincuenta horas. Si bien ya el hecho de incorporar este límite tiene el loable mérito de acotar el margen de arbitrio judicial y es por ello digno de aplauso, la valoración se torna más dudosa por lo que se refiere al concreto *quantum* que fija, ya que no deja de resultar elevado cuando se trata de hechos que, por su menor gravedad, reclaman una extensión máxima inferior. Como propusiera el Grupo de Estudios de Política Criminal, dicha extensión bien podría haberse fijado en el tope máximo de 20 horas, período más que suficiente para que el menor tome conciencia de su responsabilidad por la comisión de una falta.

La segunda excepción se encuentra en el apartado 4 de dicho artículo 9, relativo ahora a los supuestos más graves. Conforme al mismo, cuando se trate de mayores de 16 años y el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas y el equipo técnico lo aconseje, la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas.

Por lo demás, baste recordar que la efectividad de esta medida está especialmente necesitada de la colaboración de otros organismos e instituciones, fundamentalmente entre la Consejería de Asuntos Sociales y las Entidades y Asociaciones que presten servicios sociales y asistenciales, en cuyos programas o actividades el menor pueda insertarse de cara al cumplimiento de esta medida.

El apartado i) del art. 7.1 contempla la *convivencia con otra persona, familia o grupo educativo*. Si bien con una denominación distinta, esta medida ya se contemplaba en la LO 4/1992: el acogimiento por persona o núcleo familiar. La razón de la nueva mención obedece a las dificultades interpretativas que se habían planteado en la anterior regulación y que determinaron que la Fiscalía General del Estado tuviera que pronunciarse al respecto declarando en Instrucción 1/1993 que el núcleo de acogida podía ser también de carácter no familiar.

Se trata de una medida de contenido educativo con la que se pretende que el menor salga del en-

torno familiar cuando se considere que éste ha estado en la base del conflicto (situaciones de deterioro familiar, contexto familiar conflictivo o con carencias), de tal modo que aquél pueda conocer un modelo familiar diferente que le haga reflexionar y apartarse de su propia conflictividad personal y familiar. Casi ni que decir tiene que la aplicación de esta medida presupone que se considere posible una intervención en el núcleo de origen del menor, de tal forma que pueda acogerle en condiciones distintas transcurrido el tiempo de duración de la misma.

Su eficacia está, por ello, decisivamente condicionada por el consentimiento y colaboración de las tres partes implicadas: el menor de edad, la familia de origen y la de acogida. Respecto a esta última, casi sobra decir que el requisito principal que ha de cumplir es contar con un clima proclive al desarrollo de una tarea educativa sobre el menor. Respecto a la familia de origen, porque de poco o nada serviría separar al menor de dicho entorno si luego vuelve a integrarse en el mismo tal cual lo abandonó. Respecto al menor, su colaboración es especialmente necesaria porque, por tratarse de una medida que no se cumple en una institución sino en un ámbito mucho más reducido y personal como es el entorno familiar, puede convertirla en una experiencia traumática dado el inevitable sentimiento de alienación que puede generar en el menor el intento de hacer vida familiar con personas extrañas a su círculo parental. Si a este dato de extrañeza se suma el carácter forzoso propio de la imposición judicial, no es de extrañar que, al menos en principio, pueda aventurarse una actitud de rechazo y distanciamiento por parte del menor hacia ese núcleo familiar. Por ello, habría sido conveniente que en la línea de la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal se hubiera condicionado de forma expresa la imposición de la medida al consentimiento del menor.

El apartado h) del art. 7.1 prevé la medida de *libertad vigilada*, que también se contemplaba en la Ley 4/1992, si bien ahora, a diferencia de ésta, la Ley del Menor precisa con detalle su régimen. Debe destacarse que frente al Proyecto de Ley inicial presentado por el Congreso (3 de noviembre de 1998) que diferenciaba entre *supervisión intensiva* (que imponía el seguimiento de las pautas socio-educativas señaladas por la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento de acuerdo con el programa de intervención elaborado y aprobado por el juez de menores) y *libertad vigilada simple* (en la que el profesional se limitaba a hacer un seguimiento de la persona sometida a la misma y de la asis-

tencia a la escuela, centro de formación profesional o al lugar de trabajo), la LORRPM se limita a referirse de forma amplia a la libertad vigilada, permitiendo así condensar bajo un mismo concepto las distintas formas con las que puede presentarse.

Como expresa el propio art. 7, con ella se pretende llevar a cabo un seguimiento del menor así como de su asistencia a la escuela, centro de formación profesional o lugar de trabajo. El profesional encargado de su supervisión debe controlar el cumplimiento de las pautas de conductas que se le han impuesto al menor, pautas que oscilan desde la obligación de asistir a centros educativos hasta la prohibición de acudir a determinados lugares, pasando por todo un abanico de posibilidades como la participación en programas culturales o de ocio. De hecho, el único límite que reconoce el art. 7 es que dichas medidas no atenten contra la dignidad del menor. Esta medida, cuyo uso se potencia a partir de los años setenta, combina dos aspectos que la hacen especialmente atractiva: el primero, el hecho de permitir un seguimiento individualizado del menor que tenga en cuenta sus necesidades, deficiencias personales y sociofamiliares desde una perspectiva integral; el segundo, el dato de que respeta su libertad con el consiguiente aumento de las posibilidades de que se integre de nuevo en sociedad. Es esto lo que le permite desarrollar no sólo aspectos individuales relativos a la propia concienciación de sus actos y de su responsabilidad por los mismos, sino ante todo relacionados con su entorno, como la adquisición de habilidades sociales que le permitan su participación en la sociedad. Todo ello sin olvidar que esta medida presupone a su vez la implicación de la comunidad en una problemática que no sólo no le es ajena, sino que ella misma genera o al menos fomenta. No son sino estas ventajas las que determinan que en algunos países, como Escocia, se emplee incluso como fórmula de integración social de niños y jóvenes en situación de necesidad aunque no hayan delinquido.

Ni que decir tiene que el rendimiento de esta medida descansa justamente en que no haya sido el entorno del menor el que le haya impulsado a delinquir, sino que la desviación de su conducta encuentre su origen en otros factores externos. Su gran reto no es sólo que presupone la colaboración del menor y de su familia, en especial de los padres, que son los que pueden controlar más de cerca el respeto de las pautas marcadas, sino que implica a un gran número de profesionales de diversas áreas, de tal forma que su efectividad depende en gran parte del grado de coordinación entre ellos.

De hecho, por lo que a esto último se refiere, el presupuesto de la medida de libertad vigilada es la existencia de una figura referencial, al que podría llamársele, como lo hace la Ley Catalana, "delegado asistencial del menor", cuya efectividad descansa sobre tres pilares que sólo pueden garantizarse cuando se cuenta con una efectiva dotación de medios. El primero apunta a la necesidad de que geográficamente dicho profesional se encuentre próximo al menor. Ello tal vez aconsejaría una asignación territorial por distritos, que le permitiera tener conocimiento no ya sólo de los problemas personales o familiares del joven delincuente, sino de algo tan importante como los factores que envuelven a su propio entorno social. No puede ignorarse además que, ya que se trata de una medida cuya bondad es justamente la de cumplirse en el medio social del menor, lo lógico es que sea el delegado el que actúe en éste, y no que se produzca un inverso desplazamiento del menor hacia la figura del profesional. Por otra parte, a la hora de realizar la asignación numérica de delegados o profesionales a cada distrito, sería lógico tener en especialmente en cuenta aquellos núcleos o sectores de la población más acusadamente marginados. Así, no puede asignarse el mismo número de delegados al distrito correspondiente a un barrio céntrico que al de zonas periféricas de la ciudad con alto índice de marginación y delincuencia juvenil.

En segundo lugar, la eficacia de la institución dependerá en buena medida de la cualificación exigida a quienes realicen el seguimiento del menor. Dado que en la Ley la evolución de éste es el principio que inspira el régimen de las medidas, es fundamental que se trate de profesionales cualificados: educadores, sociólogos y psicólogos que, habilitados por el título correspondiente, tengan capacidad de llevar a cabo un correcto diagnóstico y tratamiento.

El tercer aspecto básico para el éxito de la institución es el funcional. En este sentido resultaría interesante la acción coordinada de los distintos profesionales entre sí, así como con otras instituciones asistenciales a nivel local, provincial o regional de cara a programar actividades educativas que mostrasen al menor un aspecto distinto en su vida, un cauce de integración social y, en definitiva, un acercamiento a la sociedad. Evidentemente, estas medidas que podrían acompañar a la libertad vigilada tendrían ya un carácter totalmente voluntario, puesto que no estamos ya en el ámbito de la imposición judicial, sino en el de una terapia que, con base en las circunstancias de proximidad y de conocimiento que tiene el profesional respecto al menor, puede aprovechar en la medida de lo posi-

ble. Por decirlo con otras palabras, se trataría de utilizar una figura (la del profesional), y una situación (la del acercamiento por un educador al menor, consecuencia de una medida judicialmente impuesta) para intentar algo tan deseado y positivo en materia de delincuencia juvenil como es una acción educadora y normalizadora en el propio ámbito social del menor.

Por otra parte, en el aspecto funcional no puede dejar de hacerse referencia a la necesidad de que la tarea continuada y de seguimiento del menor por parte del profesional o entidad se plasme en los correspondientes *informes*. Porque sólo así puede el juez ponderar las circunstancias del menor de cara a hacer uso, en su caso, de las facultades que le concede la Ley de sustituir o modificar la medida. Casi ni que decir tiene que los informes deberán emitirse de forma periódica y continuada, ya que si se espera a agotar el plazo de duración de la medida, perderían su utilidad. Por otro lado, un punto importante a destacar a propósito del informe es que la racionalidad misma de la medida obliga a que sólo pueda tener efectos positivos, nunca afectar negativamente al menor en caso de ser desfavorable. Porque si la libertad vigilada es una medida de carácter sancionadora, y lo es con base en un previo comportamiento delictivo, el informe negativo lo que haría es confirmar la necesidad de mantenerla, no justificar la imposición de otra más severa.

La conclusión de todo lo anterior es que, como se apuntaba al principio, el rendimiento de esta medida, entendida como un seguimiento continuado y directo del menor, pasa por la necesidad de contar con una infraestructura que garantice el despliegue por parte de los profesionales de las tareas necesarias para ello, algo que una vez más vuelve a encarar sus posibilidades de éxito con la disponibilidad de los recursos necesarios para su puesta en práctica.

Por último, debe advertirse que en el art. 9.5 de la LORRPM esta medida también se diseña como intervención consecutiva al internamiento en un centro, viniendo a cumplir una función similar a la de la libertad condicional en el régimen de adultos. En esta versión cobra el sentido de potenciar la integración progresiva del joven delincuente en el entorno sociofamiliar, requiriendo para ello contar con el personal de apoyo necesario que controle su evolución. Justamente por eso, porque pone sus miras en el proceso evolutivo del menor, resulta criticable que el art. 7.2 disponga que el Juez deba expresar en la sentencia su duración en lugar de remitir esa concreción a un momento ulterior que tuviera presente los resultados que vaya arrojando dicho proceso.

En realidad, puede decirse que otra de las medidas que la Ley contempla como novedosa, la *asistencia a un centro de día* (art. 7.1 f), no es más que una modalidad, suave si se quiere, de la libertad vigilada. Con ella, en efecto, se prevé la obligación del menor de acudir a un centro que combine el mantenimiento de éste en su núcleo familiar con las realización de "*actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio*".

El apartado g) del art. 7.1 prevé la *permanencia de fin de semana*. Es una medida que se corresponde con la que en la Ley 4/1992 se denominaba internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana y que había planteado serios problemas interpretativos, ya que resultaba discutible si se refería al internamiento en un centro o a la modalidad de arresto domiciliario. La Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado se pronunció en el sentido de dar luz verde a ambas posibilidades. Para evitar cualquier duda al respecto, la Ley del Menor se refiere ahora de forma expresa a una y otra opción al establecer que podrá cumplirse en un centro o núcleo familiar.

Por lo que se refiere a su duración, el apartado tercero del art. 9 dispone que, por regla general, no podrá superar los ocho fines de semana. Al igual que sucede a propósito de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicha regla general encuentra dos excepciones. La primera se refiere a los supuestos de menor gravedad, esto es, los casos en que se trate de la comisión de una falta. Conforme al apartado primero del art. 9, en tales casos su duración no podrá superar los cuatro fines de semana. La segunda excepción se refiere a los supuestos más graves del apartado 4 del mismo artículo (mayores de 16 años que cometen un delito con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas), casos en los que permite extender su duración hasta dieciséis fines de semana.

Respecto a su diseño, no puede pasarse por alto que se trata de una medida que ha despertado numerosas críticas en la doctrina, que apunta a que su breve duración puede reducir considerablemente las posibilidades educativas. Sin embargo, no puede desconocerse su eficacia en los casos en que la índole de la infracción la haga idónea, como sucede con los actos de vandalismo durante los fines de semana. Por otro lado, tampoco puede pasarse por alto su efecto impactante en los jóvenes que se enfrentan por primera vez a problemas con la justicia, sobre todo cuando se opta por su cumplimiento en un centro.

El *internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio* se contemplan, respectivamente, en los apartados d) y e) del art. 7.1. Se trata de medidas pensadas para los casos en que los adolescentes presentan problemas psicológicos, psíquicos o de drogodependencia, diferenciándose dichas medidas entre sí por el régimen en que se encuentra el menor. Dado el espíritu de la ley, tanto en una como en otra modalidad deberá tenerse especialmente en cuenta la necesidad de no impedir al menor realizar con normalidad actividades tales como la educación o el disfrute de un tiempo de ocio, evitando, una vez más, la ruptura con su vida familiar y social.

En realidad puede decirse que éstas son las únicas consecuencias que revisten los caracteres de auténticas medidas de seguridad, ya que en ellas están presentes de forma exclusiva intereses preventivo especiales de recuperación y tratamiento del menor infractor. Con ellas, en efecto, se trata de atender a una minusvalía o alteración psíquica o psicológica, algo para lo que única y exclusivamente pueden venir en consideración los intereses de aquél.

La principal dificultad con que tropiezan estas medidas es con la necesidad de contar con la voluntad del infractor, puesto que sólo de él depende la efectividad de cualquier intervención de corte terapéutico. Para el caso de que la rechace, la propia Ley dispone que el juez deberá aplicarle otra adecuada a sus circunstancias. Por otra parte, no puede ignorarse la dificultad común a otras medidas de contar con centros que permitan individualizar el tratamiento del menor y su seguimiento, evitando su trato indiscriminado con el resto de los enfermos.

Encabezando la lista de las medidas más graves los apartados a), b) y c) del art. 7.1 enuncian la de *internamiento*, medida por la que el adolescente es trasladado a un centro educativo por el tiempo que determine el Juez de Menores.

La ley contempla tres modalidades de internamiento: en régimen cerrado, semiabierto y abierto. El legislador se decanta así por configurar tres medidas privativas de libertad diferentes, rechazando las propuestas que apuntaban a diseñar una única, de tal forma que en función de la evolución del menor se permitiese pasar de una a otra. Si bien es cierto que en principio cualquiera de las dos opciones puede resultar igualmente válida, no pueden desconocerse las ventajas que reporta la primera. Porque con ella el cumplimiento de la medida de internamiento en uno u otro régimen se hace depender directamente de la evolución del interno en el centro, algo que sólo puede valorarse durante el cumpli-

miento de la medida. De otro lado, y enlazando con lo anterior, porque no puede ignorarse que es la entidad pública de protección que ejecuta la medida la que tiene conocimiento directo de la evolución del interno y la que, por ello, parece la más capacitada para valorar el régimen de su cumplimiento. La opción que ha adoptado el legislador de contemplar tres medidas de internamiento distintas, de tal modo que la sustitución de una por otra sólo pueda hacerse conforme al expediente del art. 51, no sólo precluye esas ventajas sino que encierra un riesgo de gravedad nada desdeñable. Porque si se interpreta, como aquí se ha hecho, que en el espíritu de la Ley está que la sustitución no pueda traducirse en una *reformatio in peius*, esto es, que la dirección de la modificación tenga que ser hacia un régimen semiabierto o abierto pero no a la inversa, no puede descartarse que en la práctica predomine la tendencia de imponer en los casos de duda el régimen cerrado, salvaguardando la posibilidad de revisarlo en el futuro.

A diferencia de la Ley 4/1992, la LORRPM ofrece una definición de cada una de las tres modalidades de internamiento: en la primera, la de régimen cerrado, los menores residen y realizan actividades educativas, culturales, formativas, laborales y de ocio en el centro; en la segunda, la de régimen semiabierto, los menores residen en el centro pero realizan fuera dichas actividades; por último, en la de régimen abierto, los menores residen en el centro pero desarrollan aquellas actividades en los servicios normalizados de su entorno.

En cualquiera de los tres casos, dispone el apartado 2 del art. 7 que la medida constará de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente; el segundo en régimen de libertad vigilada, tramo similar a la libertad condicional en el régimen de adultos. Conforme a las previsiones de dicho artículo, en ningún caso la duración total de ambas fases pueda exceder del tope previsto en el art. 9.

Dejando de momento a un lado el condicionamiento que para la efectividad de la medida supone contar con la dotación de personal y recursos necesarios, merece algún comentario la duración que la Ley le asigna. De entrada, conviene recordar que su carácter seriamente limitativo de derechos ha determinado que a nivel internacional distintos instrumentos la contemplen de forma restrictiva. Así, conforme al art. 36 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: "*ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan*

*sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*²².

No obstante, llama la atención el hecho de que, salvo lo que enseguida se verá a propósito del internamiento en régimen cerrado que, por cierto, lo que posibilita es extender aún más la duración, para las medidas de internamiento en régimen abierto y semiabierto no se contempla un límite temporal distinto del que rige para otras medidas sensiblemente menos severas. Según se vio, el apartado 3 del art. 9 se limita a indicar que, como regla general, la duración de las medidas no podrá exceder de dos años, declarando su apartado 4 que en supuestos excepcionales puede alcanzar hasta un máximo de cinco; en concreto, cuando se trate de personas que hayan cumplido los 16 años en el momento de comisión de los hechos y el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas y el equipo técnico aconseje la prolongación de la medida.

Como hubo ocasión de advertir, lo preocupante es que lo que en el diseño de la ley parece contemplarse como una excepción está llamado a operar en la práctica con una frecuencia realmente extraordinaria. Baste pensar que, como ya se dijo, lo normal es que los menores que delinquen se vean implicados en un tipo de actos que llevan el sello de la violencia, puesto que la propia dinámica social y contextual que les impulsa a delinquir está normalmente impregnada por la nota de la agresividad. Ello debe conjugarse con el dato que se apuntaba más arriba en torno a que si ya en general para cualquier persona el internamiento durante cinco años tiene una gravedad nada desdeñable, esa reflexión se multiplica cuando se trata de edades marcadas por un vertiginoso proceso evolutivo. Porque no puede ignorarse que en esa fase dicho margen temporal es, en términos relativos, superior al que esa cifra puede expresar en términos absolutos. Por ello, creo que hubiera sido más oportuna la propuesta que formulara el Grupo de Estudios de Política Criminal en el sentido de que si bien el límite de cualquier medida no debería exceder de los tres años, cuando se tratase de internamiento dicho período en ningún caso debería superar los dos años.

Por otra parte, no puede perderse de vista que la ley no veda la posibilidad de que se aplique la me-

didada de internamiento en régimen abierto o semiabierto a los hechos imprudentes, ya que el apartado 6 del art. 9 se limita a prever que las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado. Es una limitación que se ciñe, por tanto, al régimen cerrado, no al abierto y semiabierto. Y si ya puede resultar criticable dicha posibilidad, en cuanto que no parece conciliarse muy bien con las necesidades educativas del menor que delinque por imprudencia someterle a un internamiento, resulta aún mucho más criticable que en la letra de la ley no se plasme restricción alguna en lo que se refiere a su duración, de tal forma que, también en estos supuestos, el juez puede jugar con la posibilidad de imponer nada menos que una medida de internamiento por cinco años a quien delinquirió de forma negligente poniendo, por ejemplo, en grave riesgo la vida o integridad física de las personas.

Por las mismas razones denunciadas en relación con la duración de las medidas de internamiento en régimen abierto y semiabierto, resultan criticables las previsiones del art. 9.5 a propósito del *internamiento en régimen cerrado*. Conforme al mismo, en casos de extrema gravedad habrá de imponerse dicha medida hasta un máximo de cinco años completado de forma continuada por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta otros cinco años. A ello debe añadirse todavía las modificaciones operadas por la LO 7/2000, que, según hubo ocasión de apuntar más arriba, permite prolongar la medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo de uno a ocho años, con la posibilidad de imponer otra medida de libertad vigilada por cinco años, si el sujeto es mayor de dieciséis años y ha cometido un delito de homicidio, asesinato, agresión sexual, delitos de terrorismo de los arts. 571 a 580 CP u otro de los sancionados en el Código penal con pena de prisión igual o superior a quince años. La duración será de uno a cuatro años, más tres de libertad vigilada, si se trata de menores de dieciséis. No obstante, la medida puede prolongarse hasta los diez años si el sujeto es mayor de dieciséis o hasta los cinco si es menor de dicha edad, cuando fuera responsable de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años.

22. En el mismo sentido véase las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Conforme a su art. 1.1: "El encarcelamiento deberá usarse como último recurso". Véase también el art. 19 de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre Reglas mínimas para la Administración de la justicia con menores (Reglas de Beijing): "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible".

de los delitos de terrorismo comprendidos en los arts. 571 a 580 CP.

Como hubo ocasión de denunciar más arriba, dicha previsión no sólo resulta excesiva por las razones apuntadas de su gravedad cuantitativa en términos absolutos y relativos, sino por el contrasentido que encierra el empeño de descubrir también en ellas una finalidad educativa cuando la misma pretende prolongarse durante un período tan dilatado de tiempo. Esta extensión sólo puede explicarse desde el desconocimiento de que el problema de la delincuencia de menores, al igual que sucede con otros tantos ámbitos en los que el Derecho penal interviene, no puede solucionarse recurriendo a la exasperación de los instrumentos de reacción penal; al contrario, el verdadero reto pasa por desafectar al menor de las circunstancias y condicionamientos promotores de su desarraigo social, algo que desde luego mal puede suplirse con el ciego empeño de elevar la duración de la medida.

Por lo demás, a propósito de la medida de internamiento en régimen cerrado baste traer ahora a colación la crítica que se formuló más arriba al apartado segundo del art. 9. Dicho artículo, al establecer los presupuestos de aplicación de la misma parece desentenderse por completo de las necesidades de prevención especial para focalizar su interés en la satisfacción de las necesidades preventivo generales. Esa ausencia de reflexiones preventivo especiales resulta especialmente llamativa en el apartado 5 cuando dispone que en los casos de extrema gravedad el juez *habrá* (necesariamente) de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado. Dicha crítica se agudiza aún más cuando el inciso final de dicho apartado veda la posibilidad de suspender o sustituir las medidas en interés del menor conforme a los arts. 14 y 51 hasta tanto no transcurra el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

El Capítulo III de la Ley ofrece reglas especiales para la ejecución de todas las medidas privativas de libertad, previsiones en las que, ahora sí, vuelven a predominar los intereses preventivo especiales. En este sentido, además de detallar los derechos y deberes de los adolescentes internados (arts. 56 y 57), el sistema de información y reclamaciones (art. 58), las medidas de vigilancia y seguridad (art. 59) y el régimen disciplinario (art. 60), la Ley proclama en el art. 55 el principio de *resocialización* que ya consagra a nivel general el art. 25 CE. En el ámbito de los menores dicha máxima se plasma en la necesidad de que la vida en el centro amortigüe al máxi-

mo los efectos negativos que el internamiento pueda suponer al menor o a su familia, favoreciendo en todos los aspectos su integración social. Para ello, ya antes el art. 54.1 dispone que la ejecución se realizará en centros específicos para menores infractores, distintos de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de condenas y medidas cautelares impuestas a mayores de edad. Dicho artículo, tras contemplar la posibilidad de que las medidas de internamiento se cumplan en centros socio-sanitarios, establece en su apartado 3 que los mismos habrán de estar divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y que su normativa de funcionamiento deberá orientarse a la consecución de una convivencia ordenada que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados²³.

Las previsiones de este artículo encuentran su excepción en lo dispuesto en el inciso segundo del art. 15 de la Ley. Conforme al mismo, "*cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido veintitrés años de edad o, habiendo sido impuestas, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar el joven dicha edad, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 14 y 51 de la presente Ley, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria*". De esta forma, una vez el menor cumpla los 23 años al juez, si quiere evitar su traslado a un centro penitenciario, sólo le queda la posibilidad de sustituir la medida de internamiento por otra, algo que, claro está, presupone que se den las condiciones de las que se hace depender tal posibilidad en el art. 51. En caso contrario el joven de 23 años deberá ingresar en prisión.

A mi juicio, esta excepción a la regla general de cumplimiento del internamiento en centros especiales resulta criticable por varias razones: en primer lugar, porque si el punto de referencia es la comisión de un hecho delictivo por quien era entonces menor de edad, no se ven razones para suspender la necesidad de su tratamiento especial cuando cumpla los veintitrés años; en segundo lugar, porque como denunciara el Grupo de Estudios de Política Criminal, resulta cuando menos un contrasentido que la medida de internamiento se imponga por un Juez de Menores y luego la ejecución discurra por los cauces ordinarios del ingreso en prisión; en último lugar, y a consecuen-

23. Véase al respecto DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000, pp. 205 y ss.

cia de lo anterior, porque tampoco se entiende muy bien cómo lo que en su origen se quiere calificar como una medida, con las connotaciones educativas que ello conlleva, puede transformarse de modo tan rígido y automático en una pena ordinaria de las previstas en el Código. Si realmente lo que pretende el legislador es evitar que en un mismo centro convivan menores y jóvenes la solución debería pasar por la dotación de instalaciones que permitieran su separación, no por remitir a éstos a los centros de justicia de adultos.

Ni que decir tiene que las pretensiones resocializadoras que la Ley adosa a la medida de internamiento en el Capítulo III condicionan su efectividad a la disponibilidad de recursos. Es más, si ya la existencia de centros especializados es el gran reto al que se enfrenta en general la aplicación de esta medida, la exigencia que proclama el art. 55 de la Ley del Menor de resocializar al joven delincuente sin desterrarlo de su entorno social está condenada de antemano al fracaso si no se cuenta con centros geográficamente próximos a éste. Por lo mismo, la declaración del art. 46.3 acerca de que la medida de internamiento debe cumplirse, como regla general, en el centro más cercano al domicilio del menor puede, o quedar reducida igualmente a papel mojado o, al menos, tergiversar el sentido de su previsión cuando el centro más próximo esté lejos de su entorno habitual. No es por ello de extrañar que las seis comunidades gobernadas por el PSOE anunciaran a finales de mayo de 2000 su intención de plantear un conflicto de competencias si el Ejecutivo central no acompañaba la entrada en vigor de la norma de la transferencia de los medios materiales y humanos necesarios para aplicarla de forma adecuada, y que finalmente se haya demorado la aplicación de la LO 5/2000 por un plazo de dos años desde su entrada en vigor en lo que se refiere a las previsiones referentes a los menores comprendidos entre 18 a 21 años²⁴.

No se agotan aquí las dificultades que tiene que sortear esta medida si quiere producir el rendimiento que de ella espera el legislador. La misma es igualmente conflictiva por lo que se refiere a las condiciones mismas de su cumplimiento. Y es que el art. 45, tras atribuir la competencia en la ejecución a las Comunidades Autónomas donde se ubique el juzgado de menores y a las ciudades de Ceuta y Melilla cuando sea éste el caso, dispone que dichas entidades públicas llevarán a cabo "de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la

creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas por la Ley". Ello posibilita desde el propio texto legal que la cesión de dicha autonomía reglamentaria aboque en una situación de desigualdad, con el consiguiente riesgo de traducirse a la postre en diferentes condiciones en la situación de los internos.

Sólo contando con todos los medios que permitan satisfacer los objetivos educadores que puede desplegar este tipo de medida podrá evitarse que el internamiento del menor en dichos centros no sea tan poco alentador como su ingreso en prisión o, lo que es peor, que su funcionamiento se limite a cumplir el estéril papel de lo que en el viejo sistema de responsabilidad de menores se llamaban pomposamente "correccionales". Los temores no son desde luego infundados. De hecho, si ya el Informe del Defensor del Pueblo de 1997 denunciaba la "inadecuación tanto estructural y funcional como de recursos humanos de la mayor parte de los centros actualmente existentes para atender a los jóvenes infractores que les podrían ser encomendados tras la entrada en vigor de la nueva ley", el temor a no contar con los medios necesarios tras la entrada en vigor de la misma se multiplica al ritmo de los recursos que demandan su previsiones. Baste referir que, según algunas estimaciones, la aplicación de la Ley penal del menor en la Comunidad Autónoma Andaluza exigirá una inversión de 15.350 millones de pesetas.

Por otra parte, tampoco puede desconocerse que la eficacia de la medida de internamiento no sólo pasa por un adecuado funcionamiento de los centros durante el tiempo de la ejecución, sino también por el hecho de que la "reeducación" que el menor haya logrado no se vea reducida a la nada a su puesta en libertad. En este sentido, resultaría especialmente interesante que la previsión de esta medida se articulase con la disponibilidad de centros que, lógicamente ya con carácter plenamente voluntario por parte del menor o joven, pudieran ofrecerle una salida siquiera transitoria a la difícil situación con la que va a encontrarse a su regreso a la sociedad.

IV. Valoración final

Como valoración general puede decirse que si bien la Ley responde al loable empeño de diseñar toda una gama de medidas para adaptar la necesidad

24. Así lo dispuso la Disposición Transitoria única de la LO 9/2000, de 13 de mayo, de modificación de la Administración de justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

de la reacción penal al interés en la resocialización del joven infractor, la forma en que diseña la consecuencia más grave, la medida de internamiento en régimen cerrado, impide que pueda contemplarse como una Ley suave. Y ello, según ha habido ocasión de señalar, no sólo desde una óptica cuantitativa o relativa a la duración de la medida, sino también desde un prisma cualitativo, ya que a veces la rabiosa prevalencia de aspectos vindicativos y aflictivos llega a desterrar la orientación resocializadora y el espíritu materialmente sancionador educativo al que dice responder la Ley. Si estos aspectos podían despertar un cierto atisbo de preocupación ya en el texto original de la LO 5/2000, la luz roja se ha encendido definitivamente con las reformas introducidas por la Ley 7/2000, que, según se vio, permite en determinados casos imponer una medida de internamiento en régimen cerrado por un tiempo de hasta diez años.

El resultado es una considerable ampliación no sólo de la duración máxima de la medida de internamiento en régimen cerrado, sino del círculo de menores a la que resulta aplicable. Esto último, porque puede imponerse desde los 14 años y no desde los 16 como preveía inicialmente la LORRPM. Lo primero porque en determinados casos el límite de cinco años de duración de la medida de internamiento que prevé el art. 9.5 se duplica además de mantenerse el período de libertad vigilada por otros cinco años, de tal modo que la duración total de la medida puede alcanzar los quince años. Casi no hace falta insistir en que, ya en el terreno práctico, esto quiere decir, por ejemplo, que cuando se agote el marco que permite la Ley, una persona de 15 años no saldría del "tintáculo" penal hasta que cumpliera los 30; esto es, que durante el período más crítico en el proceso evolutivo de su vida, en el que se sortea nada menos que la búsqueda de un espacio laboral, afectivo y social, habría estado por completo sustraído a la sociedad; y por lo mismo, que ese período en el que la capacidad evolutiva y de aprendizaje alcanza cotas que nunca más volverá a rozar en cualquier otra etapa de su vida, ha estado marcada por la carga estigmatizante del internamiento en régimen cerrado. Todo ello sin olvidar que conforme a las previsiones del art. 15.2 de la LORRPM cuando el joven alcance los veintitrés años de edad, el Juez de Menores ordenará su

cumplimiento en un centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la LOGP. El resultado es que tras un largo recorrido por centros de menores (si es que los hay) y penitenciaros, cuando a los 30 años se vea "libre" de la justicia penal tendrá que intentar remontar una vida en sociedad que no ya es que interrumpiera hace muchos años, sino que dejó cuando era alguien diferente: un niño o un adolescente.

A nadie puede ocultarse que en estas propuestas están presentes intereses que escapan con mucho a lo que tanto se ha esforzado en pregonar una Ley que sintomáticamente ya fue reformada cuando ni siquiera había entrado en vigor. Tras ellas, en efecto, se esconden intereses vindicativos y aflictivos con los que saciar la ira y calmar el malestar social, aunque sea al precio de minimizar las pretensiones resocializadoras. En este sentido, no puede desconocerse que, al igual que sucede en general con otros tantos ámbitos, la solución al problema de la justicia juvenil no debe ignorar que responde a un conflicto previo contra el que el Derecho penal no puede luchar en primera fila, y menos aún utilizando como arma la exasperación de la pena. Si esta incapacidad ya es notoria en los comportamientos cometidos por adultos, emerge de forma estrepitosa hasta presentarse como un parche estéril cuando pretende atajar la delincuencia cometida por los menores. Porque de esta forma lo único que consigue es descargar al Derecho penal con toda su crudeza justamente sobre las personas más necesitadas de un tratamiento diferente. Por ello, desde el punto de vista político sería mucho más honesto presentar directamente la opción que se prefiere sin recurrir a alambicados caminos cuyos recodos pasan por aprobar leyes progresistas que luego se excepcionan generosamente dando al traste de forma soterrada con los criterios que dice respetar el régimen de responsabilidad penal de menores. Pero también, desde un punto de vista jurídico, sería deseable que la conflictividad y problemática que late bajo este tipo de delincuencia juvenil no se enmascaras bajo el inútil velo de una exasperación punitiva que no sólo no es capaz de ofrecer una respuesta eficaz al problema, sino que al vaciarse de consideraciones utilitaristas sólo puede mostrar el lado más primitivo y peligroso del Derecho penal: el meramente aflictivo o vindicativo.